

**LUIZE STOETERAU NAVARRO**

**A NOÇÃO DE AUDITÓRIO E DE FIGURAS RETÓRICAS EM CHAÏM PERELMAN  
E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO**

**CURITIBA  
2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**A NOÇÃO DE AUDITÓRIO E DE FIGURAS RETÓRICAS EM CHAÏM PERELMAN  
E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Celso Ludwig

**CURITIBA**  
**2011**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LUIZE STOETERAU NAVARRO

### **A NOÇÃO DE AUDITÓRIO E DE FIGURAS RETÓRICAS EM CHAÏM PERELMAN**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador:**

---

**Prof. Dr. Celso Ludwig**  
Departamento de Direito Privado  
Universidade Federal do Paraná

**Membro convidado:**

---

**Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca**  
Departamento de Direito Privado  
Universidade Federal do Paraná

**Membro convidado:**

---

**Prof. Dr. Ivan Guérios Curi**  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 7 de dezembro de 2011

*Ao meu avô,  
que apenas de coração me viu seguir seus passos.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – A RETÓRICA: SURGIMENTO E NOÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>3</b>
1.1. O nascimento da retórica e seu desenvolvimento ao longo dos séculos.....	3
1.2. A Retórica de Aristóteles.....	7
1.3. A Nova Retórica de Chaïm Perelman.....	12
<b>CAPÍTULO II – O AUDITÓRIO E AS FIGURAS RETÓRICAS NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN.....</b>	<b>18</b>
2.1. A noção de auditório.....	18
2.2. As figuras de retórica.....	27
<b>CAPÍTULO III – A NOVA RETÓRICA E O DIREITO.....</b>	<b>35</b>
3.1. A retórica no cotidiano jurídico.....	35
3.2. Análise sobre o auditório e figuras de retórica utilizadas no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132.....	40
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>55</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

A retórica, matéria que já foi vastamente estimada, vem perdendo seu prestígio nas últimas décadas. O crescimento da visão mais cientificista do mundo, decorrente do modo de pensar moderno e do Positivismo contribuíram em grande parte para que a retórica fosse tida como algo desnecessário.

No entanto, toda forma de argumentação é retórica, incluindo-se aí a argumentação científica. Por isso a vital importância de se compreender melhor o assunto, de forma a ter os instrumentos para analisar as informações que nos são oferecidas e apresentadas diariamente.

Nesse trabalho, proceder-se-á uma análise da retórica de Perelman, grande estudioso do assunto e um dos responsáveis pela retomada dos estudos retóricos na década de 50. Perelman parte da retórica clássica aristotélica para criar uma nova teoria da argumentação jurídica, a que convencionou chamar de Nova Retórica.

Para que se possa proceder tal análise com o devido rigor, iniciaremos a jornada com um estudo da retórica aristotélica em si, vez que essa é a base que levou a qualquer estudo posterior. A compreensão de certas categorias criadas por Aristóteles, como é o caso das ciências práticas, teóricas e produtivas, será necessária para a compreensão dos estudos de Perelman.

Após essa iniciação a retórica, será feita um estudo acerca da teoria perelmaniana, de forma geral. Sua tentativa de separar a retórica da lógica formal e diversas classificações feitas durante o processo serão explicadas, bem como suas ideias gerais sobre a retórica e a lógica jurídica.

Duas categorias de conceitos da teoria de Perelman serão mais detidamente analisadas: a ideia de auditório e a de figuras de retórica. Os auditórios são, para Perelman, os grupos de pessoas a quem os oradores se dirigem, tendo importância vital para que a argumentação seja bem sucedida. Há três espécies de auditórios – universal, dialógico e constituído pelo próprio sujeito - que serão explicadas e analisadas.

As figuras de retórica também serão explicadas em suas categorias: figuras de escolha, presença e comunhão. Trata-se, de forma bastante simplista, de formas de colocar argumentos de maneira a torná-los mais persuasivos. São figuras utilizadas no texto e que nele se destacam, pelo uso não comum.

Ainda, no terceiro capítulo, será feito estudo mais aprofundado sobre a lógica propriamente jurídica, sempre nas teorias e escritos de Perelman. O autor avalia a retórica dentro do contexto do direito, como se aproxima e se distancia da retórica utilizada nos demais campos do conhecimento. O belga afirma que, no Direito, o conhecimento dos auditórios a que se está dirigindo é peculiar e essencial, vez que o discurso dos advogados, juízes e partes diferem nos objetivos e destinatários.

Por fim, para aproximar o estudo da retórica de Perelman, um tanto quanto abstrato, de nossa realidade, será feita a análise de uma decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal. A decisão em análise é a relativa ao julgamento da possibilidade de ocorrerem uniões homoafetivas - tema bastante polêmico - que foi acompanhada por muitos cidadãos brasileiros. A análise incluirá um estudo acerca do auditório presumido dessa argumentação, conceito essencial para a compreensão do discurso como um todo pela teoria de Perelman. Ainda, serão analisadas algumas figuras retóricas presentes no texto, evidenciando seu uso na prática discursiva cotidiana.

Dessa forma, proceder-se-á um estudo completo da retórica de Perelman, ainda que aprofundado apenas nas categorias do auditório e das figuras de retórica, destacando a validade de alguns de seus aspectos até os dias de hoje.

## CAPÍTULO I – A RETÓRICA: SURGIMENTO E NOÇÕES INICIAIS

### 1.1 O NASCIMENTO DA RETÓRICA E SUAS DEFINIÇÕES AO LONGO DOS SÉCULOS

A Retórica é a arte do discurso, do bem falar, como indica a própria etimologia da palavra. Mas, além disso, é também a teoria acerca dos recursos verbais, sejam orais ou escritos, que são capazes de tornar um argumento persuasivo<sup>1</sup>.

Os mais recentes estudos indicam que essa arte surgiu na antiga Grécia, tendo sua origem conectada ao discurso judiciário. Por volta de 465 a.C., Córax e Tísis teriam publicado uma compilação de seus preceitos básicos, denominada Arte Retórica (*Tekhné Rhetoriké*). Tal obra era destinada as pessoas envolvidas em conflitos judiciais, oferecendo-lhes preceitos práticos, numa época em que a figura do advogado ainda não existia.

Foi a retórica, portanto, primeiramente desenvolvida pelos sofistas. Dentre estes, destacam-se Córax, Górgias e Protágoras. Para os sofistas, a retórica visa uma argumentação fundada no verossímil (*eikos*), e não no verdadeiro ou na verdade em si, operando a partir da diversidade de opiniões e argumentos. A habilidade retórica seria, justamente, ser capaz de confrontar os argumentos contrários. Por esse motivo, Córax definia a retórica como “*criadora de persuasão*”<sup>2</sup>.

Surge então, com Protágoras, a intersecção da retórica e da erística, técnica utilizada pelos sofistas, primordialmente, para vencer um debate, independentemente da busca pela verdade ou do argumento mais verossímil. A partir daí, a retórica passa a ser considerada pelo grego como a arte de vencer qualquer discussão ou combate, independentemente de se ter razão ou não. Protágoras não acreditava na existência de uma verdade absoluta, dizendo que cada homem teria sua própria verdade, sendo, assim, a medida de todas as coisas. Tal junção foi, muito mais tarde, retomada por Schopenhauer em seu escrito *A Arte*

---

<sup>1</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 724.

<sup>2</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.



*de Ter Sempre Razão ou Dialética Erística: “Trata-se da onipotência da palavra, não submetida a qualquer critério externo de verdade”<sup>3</sup>.*

Platão, por sua vez, no diálogo Górgias, nega a cientificidade da retórica sofista, rebaixando-a a mera prática empírica que busca o convencimento dos demais. Para ele, o fim último da retórica não é o bem, mas o prazer, sendo comparada a uma forma de adulação. Em Fedro, entretanto, se refere a outro tipo de retórica, considerado por ele uma verdadeira arte. Teria também o objetivo de persuadir, mas *“se funda em um conhecimento científico da alma, e mesmo quando é empregada para persuadir sobre o falso pressupõe o conhecimento do verdadeiro”<sup>4</sup>.*

Embora Platão tenha combatido as ideias sofistas sobre a arte da retórica, coube a Aristóteles sistematizar o seu estudo. Para o estagirita, a retórica consistiria na escolha dos meios adequados para persuadir. Ainda, era considerada, tal qual a dialética, como não pertencente aos gêneros definidos para os objetos, sendo universal. Pode-se dizer que *“É de matriz aristotélica o sistema retórico que servirá como paradigma para o estudo posterior da retórica e resistirá, sem grandes mudanças, até o século XIX”<sup>5</sup>.*

Cumprido ressaltar que

*“O legado grego da retórica e sua sistematização proliferaram no mundo romano. O desenvolvimento do sistema judiciário, da produção incessante de legislação, o advento do ius praetorium, criam o ambiente próprio para o surgimento dos iuris-prudentes e dos advogados que praticam a retórica judiciária. Advogados militantes, Cícero e Quintiliano são os expoentes da latinização e difusão da retórica grega. Ambos desenvolvem seus sistemas retóricos, dialogando com o modelo aristotélico, cujas partes são desmembradas e reordenadas, num intenso trabalho de reelaboração”<sup>6</sup>.*

Tal tradição latina permanece na cultura ocidental através da aplicação de artifícios retóricos no amplamente conhecido *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano,

<sup>3</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>4</sup> BERTI, Enrico. **As Razões de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168.

<sup>5</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>6</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 725.

compilação do Direito Romano. Também no *Digesto* mostravam-se ensinamentos de jurisconsultos em máximas carregadas de força persuasiva<sup>7</sup>.

Durante a Idade Média, a retórica continua a ser ensinada nas Universidades, integrando o *Trivium*, juntamente com a lógica e a gramática. Até o século XIX, permanece seu ensino universitário, mas com o advento de novas correntes de pensamento, principalmente do Romantismo e do Positivismo Cientificista, começa a ceder:

*“Vitor Hugo, expoente da literatura romântica, rejeita a retórica, opondo-lhe o paradigma de um ideal de sinceridade, que consistiria no uso espontâneo do código da língua. O Positivismo, por seu turno, exclui do seu ideal de construção de uma ciência da linguagem todo um conjunto de elementos valorativos e emotivos antes consagrados na tradição das técnicas retóricas”<sup>8</sup>.*

Na Idade Moderna, a retórica como arte argumentativa começou a ser completamente desacreditada, principalmente após Descartes, que reafirma o primado das evidências sobre os argumentos verossímeis. Se desenvolve o discurso científico, para o qual não se trata de convencer ninguém, mas de demonstrar com "fatos", "dados", "provas" da Verdade, que passa a ser considerada única e irrefutável.

Chaïm Perelman afirma que:

*“Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem”<sup>9</sup>.*

No século XX, a Retórica é retomada, como consequência da generalização das teses relativistas e do descrédito das ideologias. Um dos responsáveis pela

---

<sup>7</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>8</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 725.

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142.

retomada é Chaïm Perelman, que, juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, escreveu *O Tratado da Argumentação - A Nova Retórica*.

Atienza explica que o que é hoje entendido como teoria da argumentação jurídica, surgiu por volta da década de 50, em uma série de obras que “*compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos*”<sup>10</sup>. Dentre essa série de obras, destacam-se três concepções mais relevantes: a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin.

Viehweg parte de uma análise da tópica aristotélica, tendo grande êxito na Teoria do Direito da Europa continental<sup>11</sup>. Esclareça-se que a tópica é uma parte da retórica, um “*antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todas as fórmulas retóricas, com o nome de euresis, inventio, ars inveniendi ou algo semelhante*”<sup>12</sup>. O próprio Viehweg define a tópica como forma de pensar por meio de problemas, sendo desenvolvida pela retórica<sup>13</sup>.

Toulmin, por sua vez, parte da ideia de que a lógica tem relação com a maneira como os homens pensam, argumentam e interferem no mundo, apesar de buscar outros meios que não os da lógica formal para explicar a argumentação. Na verdade o autor vai além, não busca apenas dizer que a lógica não dá conta da razão prática, mas que “*a lógica – tal como é habitualmente entendida – não permite dar conta, tampouco, da maior parte dos argumentos que se articulam em qualquer âmbito, inclusive os da ciência*”<sup>14</sup>.

Por fim, Perelman evidencia que a lógica formal se move no terreno da necessidade, uma vez que dadas as premissas a conclusão é necessária, enquanto que a argumentação em sentido estrito se move no terreno do simplesmente plausível, de forma que os argumentos retóricos não estabelecem verdades<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>11</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>12</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 31.

<sup>13</sup> VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>15</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

No presente trabalho se analisará a teoria de Perelman mais detidamente. Isso se deve, principalmente, pelo fato de, dentre as três principais vertentes citadas por Atienza, ser a que apresenta o estudo mais detalhado sobre o auditório. Como veremos, o auditório é figura central na argumentação de Perelman e acredita-se que uma boa análise do público a que se dirige, aumenta as chances de ter uma argumentação bem sucedida. Ainda que apresente falhas, a teoria de Perelman mostra, sem deixar sombras de dúvidas, que o conhecimento dos ouvintes de um discurso é imprescindível, fato que se acredita muito verdadeiro, inclusive em todos os âmbitos jurídicos.

## 1.2 A RETÓRICA DE ARISTÓTELES

Um dos mais célebres pensadores da Grécia em seu período Clássico, Aristóteles nasceu em 384 a.C., em Estagira. Aos dezoito anos, mudou-se para Atenas, onde passou a freqüentar a Academia de Platão, cujas ideias o influenciaram profundamente<sup>16</sup>.

Em 342 a.C. é chamado por Filipe da Macedônia para ocupar-se da educação de Alexandre, em Pela. Após ascensão de Alexandre ao trono, Aristóteles retorna a Atenas, onde funda o Liceu, no ano de 335 a.C. Ali, ministrava dois cursos diferentes. Primeiramente, os acroamáticos, mais avançados, onde se discutia lógica, física, matemática e teologia; mas também as lições abertas, em que se ensinavam questões sobre retórica e dialética ao público comum<sup>17</sup>.

Em 323 a.C. morre Alexandre e o sentimento anti-macedônico cresce na Grécia. Aristóteles chega a ser considerado um traidor, devido a suas ligações com a Macedônia. Isso, unido ao fato de que a Academia não tinha bons olhos para o Liceu, fizeram com que ele se retirasse, mais uma vez, de Atenas. Meses depois, morre, com sessenta e três anos de idade, deixando como herança para a humanidade obra vasta e de importância inigualável<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Aristóteles**, vol. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 334.

<sup>17</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 337.

<sup>18</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 337-338.

Uma das grandes distinções feitas por Aristóteles e um dos seus maiores legados é a classificação das ciências em práticas ou teóricas. Para Marilena Chauí, Aristóteles é o grande fundador da filosofia prática, justamente por balizar a esfera da ação humana e diferenciar, tanto pelo método, quanto pelo conteúdo, o saber prático da técnica fabricadora, bem como o saber teórico do prático<sup>19</sup>.

A diferença se dá na medida em que

*“As ciências teóricas são aquelas que investigam os princípios e as causas de seres ou coisas que existem na natureza independentemente da vontade e da ação humanas e cujo curso se desenvolve naturalmente e por si mesmo, sem nenhuma participação dos homens”<sup>20</sup>.*

Explica a autora que, justamente porque tais coisas existem sem os seres humanos, podem por eles apenas serem contempladas ou conhecidas teoricamente.

Os objetos e seres naturais, objetos das ciências teóricas, são regidos por princípios universais e necessários, cujas causas, e, após, também as conseqüências, devem ser investigadas pelo filósofo. Por sua vez, as ciências práticas tem no homem seu agente causador e sua finalidade. Dessa forma, pode-se dizer que a ação e o fim da ação são uma mesma coisa, coincidem. A práxis é humana por definição e não é capaz de produzir algo que se diferencia da vontade humana que lhe deu origem.

Pode-se aduzir, portanto, que as ciências práticas não são ciências contemplativas. Seu objeto é possível, e não necessário; não são universais, mas particulares, estando aí as principais diferenças.

Importante esclarecer que a Lógica não está incluída em nenhuma das ciências classificadas por Aristóteles. Isso se deve ao fato de que não é considerada por ele como conhecimento teórico ou prático, mas simplesmente como uma forma de pensarmos corretamente. *“Por esse motivo, a lógica é uma disciplina vestibular,*

---

<sup>19</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 440.

<sup>20</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 347.

*um conhecimento que deve anteceder aos outros conhecimentos, sendo por isso uma propedêutica (de pro, antes de, em favor de, e Paideía: propaideía)”<sup>21</sup>.*

Também a retórica, objeto de estudo desse trabalho, não está incluída nessa divisão e é, para Aristóteles, uma ciência produtiva ou poiética, por ele caracterizada como arte, já que para ele “*a arte coincide exatamente com certo tipo de ciência, as assim chamadas ‘ciências poiéticas’, ou produtivas*”<sup>22</sup>. Isso significa dizer que, para o autor, a ação e o resultado da ação são coisas diversas, estão separados um do outro. Consequentemente, pode-se dizer que o fim da retórica está fora dela.

Explica Enrico Berti que a distinção da práxis e da poiesis é dada pelo Grego quase sempre como por evidente, mas consiste no fato de que a ação não produz um resultado diferente de si mesma, terminando em si; enquanto a produção dá lugar a um produto, algo que diverge do ato que lhe deu origem e de si mesma<sup>23</sup>.

O próprio Aristóteles afirmou que

*“É evidente que a retórica não pertence a um gênero definido, mas acontece-lhe como à dialética, pois é útil; sua tarefa não consiste em persuadir, mas em reconhecer os meios de persuasão mais pertinentes para cada caso, como também ocorre em todas as outras artes (pois não é próprio do médico fazer alguém sadio e sim dirigir-se para esse fim até onde seja possível [...]), o próprio dessa arte é reconhecer o convincente e o que parece ser convincente, do mesmo modo que corresponde à dialética reconhecer o silogismo e o silogismo aparente”<sup>24</sup>.*

Os técnicos ou artífices trabalham pautados em dois patamares: o primeiro é a forma, ou *eidos*; o segundo, as regras ou preceitos característicos de cada arte, que determinam como a matéria receberá a forma. Tais regras consistem, grosso modo, no método de cada arte ou ciência<sup>25</sup>.

Aristóteles via grande importância cívica na arte retórica e, também por isso, criticava seus antecessores por a terem identificado unicamente como arte

<sup>21</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 357.

<sup>22</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>23</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

<sup>25</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 478.

persuasiva e por terem-na reduzido aos procedimentos jurídicos, esquecendo seu aspecto essencialmente político<sup>26</sup>. Expõe Enrico Berti que a retórica relaciona-se com a política, a partir do momento em que se ocupa dos mesmos conteúdos dos quais a política faz sua ciência, ou seja, dos caracteres das paixões, embora apenas com o fim de predispor discursos persuasivos<sup>27</sup>.

Vale explicar que Aristóteles, em sua primeira obra, intitulada *Grillo* (em homenagem ao filho de Xenofante), discutiu o enquadramento da retórica nas artes. Concluiu que apenas aquela retórica derivada da dialética deveria ser alçada a esse patamar.

Classificada, portanto, como arte, a retórica é entendida pelo filósofo grego como “*hábito produtivo acompanhado pelo logos*”<sup>28</sup>. Tem, assim, um caráter racional, já que propõe a invenção. Essa invenção significa “*estudar de qual modo vem a ser alguma coisa*”<sup>29</sup>.

Berti destaca ainda que as artes são acompanhadas por um *logos verdadeiro*, que consiste na descoberta de um nexos universal entre uma certa causa. A arte, ainda que deva levar em conta a experiência, permanece dela distinta. Assim sendo,

“A única diferença entre arte e ciência é que a primeira se ocupa das realidades contingentes, aquelas feitas pelo homem, enquanto a segunda se ocupa das realidades necessárias ou, de qualquer modo, independentes do homem”<sup>30</sup>.

Bem como a poética, a retórica é uma arte que tem por objeto o estudo das palavras, e não de coisas, característica que as distingue das demais. A retórica é definida como a arte dos discursos<sup>31</sup>, sendo, assim, a arte de produzir argumentos, discursos e falas que sejam persuasivos. A poética, por sua vez, é a arte de produzir narrativas.

---

<sup>26</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 480.

<sup>27</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>28</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>29</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>30</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>31</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 164.

Marilena Chauí distingue três pontos principais na retórica aristotélica. O primeiro seria a distinção entre os meios de persuasão, quais sejam, os retóricos e os não retóricos. O segundo seria a definição e distinção dos meios propriamente retóricos: há aqueles que se baseiam no caráter do orador, aqueles que se pautam nas paixões dos ouvintes, e os que tem seus fundamentos na força do argumento empregado. Em terceiro lugar, a autora coloca a definição e descrição dos gêneros de discurso, que incluem o deliberativo, o judiciário e o demonstrativo. Para o filósofo grego, o orador que confundir preceitos de vários gêneros ou trocá-los um pelo outro, não logrará êxito na persuasão e acabará ridicularizado por todos aqueles que dominam a arte<sup>32</sup>.

Considerava-se que a retórica atingia os ouvintes por três meios conhecidos: *logos*, *ethos* e *pathos*. *Logos* é termo grego que significa, inicialmente, palavra escrita, sendo que mais tarde na história passou a significar também razão, sendo por este último significado mais conhecido atualmente. *Pathos*, por sua vez, expressa a ideia de paixão; e *ethos* é vocábulo relativo aos valores, ética, podendo resumir a identidade social a que pertence o ouvinte<sup>33</sup>.

Acontece algo, portanto, que nem mesmo Aristóteles previu: cruzam-se os caminhos da retórica - ciência produtiva, e da ética - ciência prática. Isso acontece porque as paixões do orador e do ouvinte vão aos poucos se cruzando. O orador utiliza sua habilidade para provocar no ouvinte medo, cólera, amor, suscitando nele sensações que não teria sozinho ou por si mesmo. O próprio Aristóteles admitia que *“o mestre de ética deveria começar pela persuasão para conseguir formar os hábitos virtuosos e, com isto, criou as condições para que a ética e a retórica acabassem inseparáveis”*<sup>34</sup>.

Berti elenca quatro grandes serventias da retórica, os motivos pelos quais ela é útil. Primeiramente, ela é útil porque possibilita que se evite uma coisa reprovável, ou seja, *“perder uma causa justa por inferioridade própria”*<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 480-481.

<sup>33</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>34</sup> CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, p. 482.

<sup>35</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 173.



Em segundo lugar, a utilidade da retórica está no fato de que para alguns, muitas vezes não é suficiente recorrer à ciência mais exata, sendo necessário utilizar argumentos baseados no lugar comum. Para essa utilidade, Aristóteles exemplifica com as discussões com as multidões, onde é preciso partir das opiniões que já dominam, de seu senso comum.

Em terceiro lugar, a retórica é útil porque permite convencer sobre coisas contrárias. Esclarece-se que tal utilidade não repousa na possibilidade de fazer com que ocorram ações contrárias entre si, mas justamente deve ocorrer para que não se desviem das coisas como elas são, dando a todos a possibilidade de contra-argumentar frente ao uso de um argumento injusto.

A quarta utilidade dessa forma de arte é justamente o benefício que pode advir do bem utilizar da capacidade de produzir discursos, sendo, que obviamente, o contrário também pode ocorrer<sup>36</sup>.

### 1.3. A NOVA RETÓRICA DE CHAÏM PERELMAN

Nascido em 1912 na Polônia, viveu desde criança na Bélgica, onde estudou Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Durante a ocupação nazista, realizou trabalho acerca da noção de justiça, buscando aplicar a esse campo o método positivista de Gottlob Frege, pai da lógica moderna. Assim, pode-se dizer que tentou eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, já que caso contrário temeria cair fora da racionalidade<sup>37</sup>.

Sua tese nuclear é, portanto, a formulação de uma noção válida de justiça, que tenha caráter puramente formal. Manuel Atienza explicita que

*“Seu objetivo fundamental é ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na Filosofia”*<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 173-175.

<sup>37</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 81.

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

Robert Alexy afirma que Perelman busca, desde a década de 50, mostrar em uma Teoria da Argumentação que “*além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional*”<sup>39</sup>. Afirma, portanto, que, de forma mais específica, Perelman visa firmar a ideia de que pode-se sim utilizar de razão prática em uma teoria da argumentação.

Sua obra mais importante foi escrita em colaboração com Olbrecht-Tyteca, e chama-se originalmente em francês *La nouvelle rhétorique: Traité de l'argumentation*, cuja primeira edição foi publicada em 1958. Nos dizeres de Enrico Berti, grande estudioso da obra aristotélica, trata-se de “*uma retomada, mais que da retórica, da dialética de Aristóteles*”<sup>40</sup>.

A lógica formal, ponto central para a compreensão de seu trabalho, exige necessidade, ou seja, as conclusões devem ser necessárias uma vez dadas as premissas. Como consequência, tem-se que se as premissas consideradas são verdadeiras também o serão as conclusões. Tal raciocínio não se aplica à Retórica, já que a argumentação parte daquilo que é plausível e provável, não estabelecendo propriamente verdades com pretensão absoluta. Suas consequências mostram, portanto, o caráter razoável, aceitável ou plausível de certa opinião.

Perelman prefere, para sua teoria, o termo retórica ao vocábulo dialética. Isso ocorre pela importância que atribui ao auditório, elemento essencial de sua tese, já que toda argumentação visa à adesão dos indivíduos<sup>41</sup>.

O conceito de auditório é, dessa forma, de vital importância para a correta compreensão da Teoria de Perelman. Para ele, auditório é “*o conjunto daqueles a quem o orador quer influenciar com sua argumentação*”<sup>42</sup>. Juntamente com o auditório, Perelman distingue mais dois elementos da argumentação: o discurso e o orador. O filósofo acredita que os elementos da argumentação não podem ser considerados individualmente, mas no todo, no conjunto, sendo que

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

<sup>40</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. XIV.

<sup>41</sup> PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

<sup>42</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 22.

*“considera que a estrutura do discurso argumentativo se assemelha à de um tecido: a solidez deste é muito superior à de cada fio que constitui a trama. Uma consequência disso é a impossibilidade de separar radicalmente cada um dos elementos que compõe a argumentação”<sup>43</sup>.*

Quanto aos auditórios, uma classificação é feita por Perelman, sendo por ele considerada a mais importante de todas: é a distinção entre a argumentação perante o auditório universal, a feita para um único ouvinte (diálogo) e a deliberação consigo mesmo. Note-se que o conceito de auditório universal é também nuclear em sua teoria. A necessidade de se adaptar ao auditório implica a possibilidade de superestimar grupos que não são de fato representativos. A consequência são paradoxos e contradições ante a contra-argumentação alheia. É para isso que se cria uma imagem de um auditório que englobe a totalidade dos seres. Dado que é uma construção imaginária, este auditório universal se conforma em função dos indivíduos que o criam<sup>44</sup>.

O autor distingue ainda três aspectos iniciais e necessários para o estudo da argumentação: acordo, escolha e apresentação das premissas.

O acordo pode ser definido como aquilo que é admitido desde o início da argumentação. Seus objetos podem ser relativos ao real (fatos verdades e presunções) ou ao preferível (valores, hierarquias e lugares do preferível), sendo que se diferem, pois os primeiros querem ser válidos para o auditório universal, enquanto os segundos teriam sua validade admitida apenas em auditórios particulares.

A escolha dos dados e sua adaptação com vistas à argumentação é justamente a opção por utilizar, ou não, certa premissa em determinada argumentação, é uma *“seleção prévia dos elementos que servirão de ponto de partida para a argumentação e da adaptação deles aos objetivos desta última”<sup>45</sup>*. Para Perelman, seu papel é evidente, já que o simples fato de optar-se por um dado e apresentá-lo ao auditório já demonstra sua importância e pertinência no debate.

---

<sup>43</sup> ATIENZA, Manuel, *Op. cit.*, p. 85.

<sup>44</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 34-39.

<sup>45</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 131.

Por fim, ao discorrer sobre a apresentação das premissas, Perelman afirma que “*antes mesmo de argumentar a partir de certas premissas, é essencial que o conteúdo delas se destaque contra o fundo indistinto dos elementos de acordo disponíveis*”<sup>46</sup>. Explica que a apresentação dos dados muitas vezes se confunde com a escolha dos mesmos, mas destaca a importância de uma apresentação eficaz, que pode impressionar os ouvintes e orientar seus espíritos em uma dada direção.

Perelman coloca ainda, outras classificações em seu estudo, como aquela quanto às técnicas argumentativas, dividindo os argumentos entre argumentos de união e de dissociação. Apresenta, inclusive, quadros detalhados com a classificação dos argumentos sem a intenção, no entanto, de que esta seja exaustiva. Explica, até mesmo, que as classes de argumentos coexistem e que um mesmo argumento pode ser explicado de diferentes maneiras, não sendo a classificação apresentada considerada estanque.

O que importa para o autor não é tanto o estudo dos argumentos de forma isolada. Para ele os elementos da argumentação estão sempre e constantemente em interação. Importa, primordialmente, o todo e

*“O orador deverá levar em conta esse complexo fenômeno de interação na hora de escolher seus argumentos, assim como a amplitude e a ordem da argumentação. Para isso, terá de guiar-se por uma noção confusa, mas indispensável, a de força dos argumentos”*<sup>47</sup>.

Encontramos, portanto, mais uma classificação dos argumentos, em Perelman, que os divide em fracos e fortes. Há diversos critérios apontados pelo autor como meios de avaliar a força dos argumentos, mas um se sobressai perante os demais. Trata-se do Princípio da Adaptação do Auditório, o qual pauta-se na validade (elemento normativo) e eficácia (elemento descritivo) dos argumentos para determinar sua força<sup>48</sup>.

O autor ressalta o fato de que a força de um argumento depende também do contexto. Isso se torna claro na medida em que se pensa que certo argumento pode

---

<sup>46</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>47</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>48</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 26-29.

ser extremamente convincente a certa época, e não ter tanta força em outro contexto: “o que, em certa situação, pôde convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga. (...) Assim, a força dos argumentos depende, em grande parte, de um contexto tradicional”<sup>49</sup>. Portanto, a força do argumento depende do auditório e da ocasião.

Atienza analisa a posição de Perelman da seguinte maneira:

*“A força de um argumento dependeria de diversos fatores, como a intensidade da aceitação por um auditório, a relevância do argumento para os propósitos do orador e do auditório, a possibilidade de ele ser refutado (quer dizer, até que ponto o auditório aceita certas crenças que permitiriam refutar o argumento) e as reações de um auditório considerado hierarquicamente superior (um argumento é mais forte que outro se um auditório crê que esse argumento teria mais força para um auditório que ele considera hierarquicamente superior)”<sup>50</sup>.*

O filósofo estuda ainda, de modo mais específico, a Lógica Jurídica, nome dado por ele ao estudo dos raciocínios e técnicas próprias dos juristas. Para ele, trata-se de ramo da própria Retórica, e não de um mero ramo da lógica formal, já que os raciocínios jurídicos não podem ser reduzidos a raciocínios lógico-formais<sup>51</sup>.

Isso se deve ao fato de que

*“O papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas [...]. A lógica jurídica, especialmente a judicial [...] se apresenta, resumindo, não como uma lógica formal, e sim como uma argumentação que depende da maneira como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da ideia que eles fazem do Direito e do seu funcionamento na sociedade”<sup>52</sup>.*

De fato, o raciocínio jurídico apresenta peculiaridades com relação aos demais campos do saber, a começar pelo seu caráter de controvérsia. Ou seja, enquanto nas ciências humanas e na Filosofia pode-se chegar a um acordo entre as

<sup>49</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 705.

<sup>50</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 112-113.

<sup>51</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>52</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 232-233.

partes, no Direito isso ocorre por meio da intervenção de uma autoridade, já que as partes defendem pontos de vista opostos, necessariamente.

Nesse sentido, Atienza afirma que

*“A especificidade do raciocínio jurídico parece consistir no seguinte: ao contrário do que ocorre nas ciências (em particular nas ciências dedutivas) e semelhante ao que ocorre na filosofia e nas ciências humanas, na argumentação jurídica é difícil chegar a um acordo entre as partes; quer dizer, a argumentação tem o caráter de uma controvérsia. Entretanto, consegue-se superar essa dificuldade mediante a imposição de uma decisão baseada na autoridade, ao passo que, na filosofia e nas ciências humanas, cada uma das partes permanece em sua posição”<sup>53</sup>.*

---

<sup>53</sup> ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 106.

## CAPÍTULO II: A NOÇÃO DE AUDITÓRIO E AS FIGURAS RETÓRICAS EM CHAÏM PERELMAN

### 2.1. OS AUDITÓRIOS

Para Perelman, não há dúvidas de que “*A argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige*”<sup>54</sup>, sendo, assim, inteiramente relativa ao auditório que possa influenciar<sup>55</sup>.

O autor destaca ainda o fato de que, para que um orador consiga reter a atenção de seus ouvintes, de forma a poder ser ouvido e, conseqüentemente, desenvolver a argumentação, é necessária alguma qualidade<sup>56</sup>. Ou seja, o orador deve conseguir exprimir suas ideias com certa habilidade, visando sempre o auditório e sua resposta.

Por esse motivo, o auditório encontra papel nuclear em sua teoria. Definido como “*o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*”<sup>57</sup>, o auditório é o grupo de pessoas que o orador pretende atingir com os argumentos utilizados, de forma a convencê-los ou persuadi-los, conseguindo sua adesão à tese desejada.

Trata-se, sem dúvidas, e o próprio autor o admite, de conceito de difícil determinação através de critérios puramente materiais. Por isso, adota o conceito acima descrito, vez que permite que cada orador pense, ainda que de forma não completamente consciente, nas pessoas que procurará persuadir ou atingir com seu discurso. Os oradores, portanto, presumem seus próprios auditórios, noção essa que pode, ou não, coincidir com a realidade.

O auditório presumido é sempre uma noção de certa forma sistematizada, já que o orador pode pesquisar suas origens sociológicas ou psicológicas<sup>58</sup>. Fato é que a argumentação, para ser efetiva, deve conceber o auditório presumido da forma mais real possível. Somente assim aquele que fala poderá saber com maior certeza

---

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>55</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>56</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>57</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>58</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 22.

quais argumentos utilizar, evitando o uso de imagens inadequadas, o que pode gerar “as mais desagradáveis consequências”<sup>59</sup>.

Perelman ressalta que “o conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz”<sup>60</sup>, já tendo sido abordado por Aristóteles em seus estudos sobre a retórica<sup>61</sup>.

Considerando, no entanto, que as opiniões internalizadas por um indivíduo também dependem em grande parte do seu meio social, o estudo dos auditórios reveste-se ainda de caráter sociológico. Nas palavras de Perelman

*“Cada meio poderia ser caracterizado por suas opiniões dominantes, por suas convicções indiscutidas, pelas premissas que aceita sem hesitar; tais concepções fazem parte da sua cultura e todo orador que quer persuadir um auditório particular tem que se adaptar a ele. Por isso a cultura própria de cada auditório transparece através dos discursos que lhe são destinados, de tal maneira que é, em larga medida, desses próprios discursos que nos julgamos autorizados a tirar alguma informação a respeito das civilizações passadas”<sup>62</sup>.*

Importante salientar que, da mesma forma que um indivíduo pode mudar de opinião com o passar do tempo ou o advento de certas circunstâncias, também um auditório pode mudar suas convicções iniciais, fato que jamais poderia ser desconsiderado por um orador que vise fazer uma argumentação de modo eficaz<sup>63</sup>. Isso pode ser exemplificado com o caso de um político, que após muitos anos na oposição, passa a ser membro do governo. As novas funções e o novo enfoque desse ouvinte, em particular, mudam conforme se altera sua personalidade<sup>64</sup>. Assim sendo, os argumentos que antes poderiam convencê-lo de algo, podem perfeitamente passar a ser inócuos.

Perelman critica a distinção clássica entre os gêneros oratórios, definidos a partir das funções ocupadas por seus auditórios, em deliberativo, judiciário e epidíctico. Embora lhe credite o mérito de salientar a importância do auditório, afirma

<sup>59</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>60</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>61</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>62</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>63</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>64</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 24.



que trata-se de distinção unicamente prática, tendo falhas e insuficiências manifestas<sup>65</sup>.

Um auditório pode ter, ademais, facilmente um caráter heterogêneo. Isso ocorre porque um mesmo grupo pode reunir pessoas diferentes, seja pelo caráter, vínculo ou funções<sup>66</sup>. Nesse caso, cabe ao orador dar-se conta disso e levar tal informação em consideração, sendo que o traço que diferencia os grandes oradores é justamente essa capacidade, de ter em mente a diversidade de opiniões presentes em seu auditório. Nas palavras de Perelman: *“ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório. É a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador”*<sup>67</sup>.

A heterogeneidade pode estar presente também em um auditório pequeno, composto por poucas pessoas e, até mesmo de um ouvinte único. Isso ocorre porque uma mesma pessoa pode assumir diferentes posições ao ouvir os argumentos do orador; pode posicionar-se ora como homem, ora como patriota, cidadão, pai, cristão e assim por diante<sup>68</sup>, exigindo do orador que compreenda tais transformações.

Perelman acredita que o conhecimento do auditório e dos meios suscetíveis de influenciá-lo estão intrinsecamente relacionados, e *“isso porque o problema da natureza do auditório é ligado ao de seu condicionamento”*<sup>69</sup>. Ou seja, qualquer estudo que se faça sobre os meios mais persuasivos para certo auditório, acabará sendo também um estudo sobre o auditório em si. Da mesma forma, conhecer melhor o grupo de pessoas a que se dirige também garante ao orador o conhecimento dos melhores meios para assegurar seu condicionamento.

Contudo, o auditório não é, ao final do discurso, ainda o mesmo que era no momento de seu início. Está em constante transformação, já que acaba por ser condicionado pelo próprio discurso daquele que lhe dirige a palavra. Deve o orador

---

<sup>65</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>66</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>67</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>68</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>69</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 26.

ter isso sempre em mente, praticando aquilo que Perelman convencionou chamar de Adaptação Contínua do Orador ao Auditório<sup>70</sup>.

Como o orador deve se adaptar sempre ao auditório, às suas opiniões, vale dizer que é este que determina os rumos da argumentação: *“É, de fato, ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores”*<sup>71</sup>.

Isso se explica pelo fato de que são as reações do auditório e dos indivíduos que o compõe que determinam os rumos do discurso. Importa também a capacidade dos membros do grupo ouvinte de compreender os argumentos ou raciocínios ordenados. Obviamente, um bom orador não insistirá em um argumento que já notou ser incompreensível ou inaceitável para seu auditório, modificando sua estratégia para o convencimento.

Embora admita que exista um número quase infinito de auditórios possíveis, Perelman os classifica em três espécies: a argumentação perante o chamado auditório universal, a argumentação diante de um único ouvinte e a deliberação consigo mesmo, sendo

*“O primeiro, constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, que chamaremos de auditório universal; o segundo formado, no diálogo, unicamente pelo interlocutor a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo próprio sujeito, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos”*<sup>72</sup>.

Para bem entender essa classificação, e, mais especificamente, o conceito de auditório universal, é necessário compreender primeiro a distinção feita pelo autor entre a persuasão e a convicção. De forma bastante resumida,

*“propomo-nos a chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional. O matiz é bastante delicado e depende, essencialmente, da ideia que o orador faz da encarnação da razão”*<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>71</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>72</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 33-34.

<sup>73</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 31.

Perelman admite que a presente classificação é imprecisa na prática e acredita que assim deva permanecer. Explica-se, dizendo que a fronteira que distingue diversos auditórios é também muito incerta<sup>74</sup>.

Nessa distinção, a divisão dos auditórios ganha papel essencial, já que a convicção se dá, na definição perelmaniana, perante a aceitação do auditório universal. Este compreende o conjunto de todos os seres humanos, todos os homens adultos e normais, ao menos, sendo conceito largamente abrangente e teórico. Ainda assim, trata-se de conceito essencial para a nova retórica, enquanto norma de argumentação objetiva, pois as demais espécies de auditórios não passam de “*encarnações sempre precárias*”<sup>75</sup> desse auditório. É portanto, um auditório que transcende os demais, ainda que não possa ser precisado com exatidão.

A unanimidade do auditório universal pode ser questionada, já que, bem como a sua universalidade, não passam de fruto da imaginação do orador. Tais características estão de acordo com um auditório que apenas se presume universal, já que aqueles que não participam dele são excluídos por razões legítimas e podem não ser levados em consideração<sup>76</sup>.

Considerando-se que não há o efetivo consentimento de todos os homens, mas apenas a crença de que todos compreenderiam as razões apresentadas no discurso, trata-se o acordo de um auditório universal de questão de direito, e não de fato. É a evidência e o caráter intemporal das razões apresentadas que possibilitaria a adesão de todos os homens. Somente aquela razão válida para todo homem pode ser expressa como juízo necessariamente válido para todos. É a chamada evidência racional, que faz com que o ouvinte, com liberdade de deliberação e escolha, se recolha diante da razão apresentada, que o coage e retira-lhe qualquer dúvida possível<sup>77</sup>.

Perelman destaca ainda que o auditório universal não é um conceito objetivo, vez que cada orador idealiza seu auditório, conforme suas próprias opiniões e de acordo com as oposições de que tem consciência. Um mesmo orador,

---

<sup>74</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>75</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>76</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>77</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 36.

portanto, imagina o que seria o auditório universal a que se dirige, teoricamente, pautando-se, para isso, no conhecimento que tem acerca das ideias de todos os homens, naquilo que para ele seria capaz de persuadir a todos, de forma que *“cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, real, verdadeiro e objetivamente válido”*<sup>78</sup>.

Importa considerar que o auditório de elite nem sempre pode ser enquadrado dentro do auditório universal. Isso ocorre porque os membros desta elite nem sempre querem ser comparados ao homem comum. Pelo contrário, tal elite é caracterizada pela sua situação hierárquica e busca um elemento de distinção das massas<sup>79</sup>. O auditório de elite apenas encarnaria o auditório universal *“para aqueles que lhe reconhecem o papel de vanguarda e de modelo. Para os outros, ao contrário, ele constituirá apenas um auditório particular. O estatuto de um auditório varia conforme as concepções que se tem”*<sup>80</sup>.

Perelman exemplifica a complexidade do assunto com o auditório de um cientista dirigindo-se aos seus pares. Ao mesmo tempo em que se dirige para um grupo seleto de homens particularmente competentes e treinados, dirige-se também ao auditório universal, já que pensa, ou supõe, que todos os homens com igual estudo e treinamento, ou seja, a mesma competência e informação, chegariam às mesmas conclusões<sup>81</sup>.

Perelman e Obrechts-Tyteca afirmam, portanto, que

*“os auditórios não são independentes; que são auditórios concretos particulares que podem impor uma concepção do auditório universal que lhes é própria; mas, em contrapartida, é o auditório universal não definido que é invocado para julgar da concepção do auditório universal própria de determinado auditório concreto, para examinar, a um só tempo, o modo como é composto, quais os indivíduos que, conforme o critério adotado, o integram e qual a legitimidade desse critério. Pode-se dizer que os auditórios julgam uns aos outros”*<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>79</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>80</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>81</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>82</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 39.

Manuel Atienza destaca algumas peculiaridades do auditório universal de Perelman, resumindo características essenciais para a compreensão do conceito, embora ressalte que se trata de definição em que falta clareza:

*“1) é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva; 2) dirigir-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica; 3) o conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal “não é uma questão de fato, e sim de direito” (ibid., pág. 72); 4) o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão, mas por outro lado é uma construção do orador, quer dizer, não é uma entidade objetiva; 5) isso significa não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda”<sup>83</sup>.*

Por sua vez, a discussão com um único ouvinte era, pelos antigos, qualificada como sendo superior àquela que se dá perante um grande grupo, justamente pelo reconhecimento da supremacia da dialética perante a retórica<sup>84</sup>.

O diálogo pode tornar-se merecedor de um alcance efetivo, quando considerarmos que não se trata da adesão de um indivíduo determinado, apenas, mas da adesão de uma personalidade que se curva frente à evidência concreta da verdade<sup>85</sup>. Diz-se, portanto, que o interlocutor no diálogo é uma encarnação do auditório universal, já que tal forma de argumentação *“só tem significado filosófico se ela se pretende ser válida aos olhos de todos”*<sup>86</sup>.

Admite-se, portanto, que o ouvinte tem a mesma capacidade e as mesmas características que outros membros do auditório universal, sendo que, assim, argumentos que seriam capazes de persuadi-lo, também o conseguiriam frente ao auditório composto por todos os homens capazes.

Ressalte-se que o ouvinte único pode também encarnar outro auditório, um auditório particular, na medida em que represente o corpo de um grupo maior, sendo seu porta-voz e por ele podendo tomar decisões; ou quando é considerado como

<sup>83</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>84</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>85</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>86</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 41.

uma amostra de todo um gênero de ouvintes<sup>87</sup>, sendo raros os casos em que não há essa encarnação.

A escolha desse único ouvinte, responsável por representar todo um auditório particular, ou até mesmo universal, é em grande parte determinada pelos objetivos do orador. Além disso, a ideia que este tem acerca do grupo a ser representado também é de grande influência: “*o indivíduo escolhido para encarnar o auditório particular a que se dirige o orador revela, de um lado, a ideia que ele faz desse auditório, de outro, as metas que espera atingir*”<sup>88</sup>.

Vale explicar que o diálogo por Perelman considerado, para esse fim, não consiste em debate, mas em discussão. Isso significa dizer que “*os interlocutores buscam honestamente e sem preconceitos a melhor solução de um problema controvertido*”<sup>89</sup>. Em contrapartida, em um debate, cada interlocutor preocupar-se-ia apenas com a vitória, levando em conta os argumentos contrários a sua tese apenas para refutá-los. A distinção depende, portanto, em grande medida, da intenção de cada um dos participantes da conversa.

Tal diferenciação não é fácil na prática e pode sofrer alterações ao longo do diálogo. Somente em alguns casos especiais é que se podem conhecer previamente as intenções dos oradores. É o caso dos processos judiciais, em que sabemos que o representante de cada parte visa desenvolver argumentos em favor de sua tese muito mais do que busca o esclarecimento da questão. O filósofo belga afirma, nesse sentido, que

*“Vê-se que, salvo quando sabemos por qual razão – institucional ou outra – a atitude dos participantes é a da defesa de uma tese e, conseqüentemente, implica o desejo de embaraçar o adversário, a distinção clara entre um diálogo que tende à verdade e um diálogo que seria uma sucessão de defesas de teses é difícil de manter. Ela só poderia sustentar-se mediante uma distinção, prévia e exata, entre a verdade e o erro, distinção essa que, salvo prova de má-fé, a própria existência da discussão torna difícil estabelecer”*<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>88</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>89</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>90</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 43.

Ainda, acontece frequentemente que um homem dotado de razão procure formar uma convicção própria, convencer-se de algo. Para isso, Perelman acredita que ele deve deixar de lado aqueles procedimentos que visam conquistar os outros. Isso acontece porque ele é incapaz de enganar a si próprio, deixando de ser sincero consigo mesmo, mecanismo que pode adotar para convencer um outro. Por isso é que é na deliberação consigo mesmo que um orador pode realmente testar o valor de seus argumentos<sup>91</sup>.

Aquele que questiona a si mesmo encarna simultaneamente o orador e o auditório universal, uma vez que ele não pode deixar de ser sincero consigo mesmo. Nunca devemos esquecer que ao sermos convencidos, somos vencidos por nós mesmos, pelas nossas idéias. Quando somos persuadidos sempre o somos pelos outros. Assim, um acordo consigo mesmo é uma espécie de acordo com os outros e a análise de como argumentamos com os outros é parâmetro para conhecermos a análise de nós mesmos.

Seu grande segredo encontra-se, portanto, na sinceridade que lhe é intrínseca. Como já disse Mark Twain, célebre escritor americano: *“O pensamento particular de um homem não pode nunca ser uma mentira; o que ele pensa é, para ele, a verdade, sempre”*<sup>92</sup>.

Certos autores, como Schopenhauer, aproximam, por isso, tal espécie de argumentação da lógica, já que não há preocupação com convencimento de outrem ou com o favorecimento de um ponto de vista em detrimento de outro, apenas o correto sopesamento dos argumentos favoráveis e contrários a uma dada ideia. A deliberação consigo mesmo diferencia-se, portanto, de certa forma, da dialética e da retórica. Explica-se:

*“Ao contrário da dialética, que seria a técnica da controvérsia com outrem, e da retórica, técnica do discurso dirigido a muita gente, a lógica se identifica, para Schopenhauer como para J. S. Mill, com as regras aplicadas para conduzir o pensamento próprio. É que, neste último caso, o espírito não se preocuparia em defender uma tese, em procurar unicamente argumentos que favoreçam um determinado ponto de vista,*

<sup>91</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>92</sup> Tradução livre do original em inglês: *“A man’s private thought can never be a lie; what he thinks, is to him the truth, always”*.

*mas em reunir todos os que apresentam algum valor a seus olhos, sem dever calar nenhum e, após ter pesado os prós e os contras, decidir-se, em alma e consciência, pela solução que lhe parecer melhor*<sup>93</sup>.

No entanto, Perelman acredita que há vantagens em considerar-se a deliberação íntima como espécie particular da argumentação, ainda que não se deixe de lado suas peculiaridades. Afirmo o autor que *“o acordo consigo mesmo é apenas um caso particular do acordo com os outros. Por isso, do nosso ponto de vista, é a análise da argumentação dirigida a outrem que nos fará compreender melhor a deliberação consigo mesmo, e não o inverso”*<sup>94</sup>.

O conceito de auditório é, portanto, básico à Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, sendo que a finalidade de toda argumentação é conseguir ou aumentar a sua adesão a determinada tese. Como o orador tem a necessidade de adaptar seu discurso ao auditório, diz-se que a argumentação é função deste<sup>95</sup>.

## 2.2. AS FIGURAS DE RETÓRICA

As figuras retóricas se caracterizam por serem formas de uso da língua que se afastam do uso comum ou ordinário, tendo como objetivo principal dar mais força aos enunciados, além de incrementar a sua adequação. Para Reboul, *“a expressão figuras de retórica não é um pleonasma, pois existem figuras não retóricas, que são poéticas, humorísticas, ou simplesmente de palavras. A figura só é retórica quando desempenha papel persuasivo”*<sup>96</sup>.

Tais figuras são reconhecidas por Perelman como *“certos modos de expressão que não se enquadram no comum, cujo estudo foi em geral incluído nos tratados de retórica”*<sup>97</sup>. O autor destaca que, devido a certa tendência da retórica de limitar-se aos problemas de estilo e de expressão, as figuras retóricas

<sup>93</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>94</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>96</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 114.

<sup>97</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 189.



foram reduzidas a simples futilidades, enfeites utilizados para embelezar discursos, deixando-os “ornamentais e floreados”<sup>98</sup>.

Perelman esclarece o interesse em seu estudo, afirmando que

*“Para nós, que nos interessamos menos pela legitimação do modo literário de expressão do que pelas técnicas do discurso persuasivo, parece importante não tanto estudar o problema das figuras em seu conjunto quanto mostrar em que e como o emprego de algumas figuras determinadas se explica pelas necessidades da argumentação”*<sup>99</sup>.

Duas qualidades são essenciais para que se caracterize uma figura retórica: uma estrutura discernível e um emprego que se afasta do modo normal de expressar-se. *“Cumpra que uma estrutura, para poder ser objeto de estudo, seja isolável, possa ser reconhecida como tal; por outro lado, cumpra que se saiba em que um uso deve ser considerado incomum”*<sup>100</sup>.

Assim, entende-se que, para que se esteja de fato frente a uma figura retórica, a expressão em análise deve se destacar do restante do discurso, não apenas por sua estrutura, mas por não ser considerado como um uso comum ou ordinário da linguagem. Ambas as características devem ocorrer concomitantemente.

O filósofo explica que muitas vezes a confusão é inevitável: formas que parecem, a princípio, figuras, podem não sê-lo; bem como estruturas que parecem normais, podem em certos casos ser consideradas figuras retóricas<sup>101</sup>.

Surge, portanto, uma ligação entre o emprego das figuras retóricas e a simulação<sup>102</sup>. As figuras reais e as simuladas são assim classificadas de acordo com o próprio efeito que produzem no discurso. Ou seja, é o efeito que as estruturas causam no discurso que lhes garante o status de figuras, como, por exemplo, uma figura argumentativa, que será assim considerada se acarretar a mudança de perspectiva no auditório, caso contrário, será percebida como

<sup>98</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>99</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>100</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>101</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>102</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

ornamento. Desse modo, não se pode decidir previamente pelo enquadramento de uma estrutura de linguagem como sendo uma figura, podendo-se, ao máximo, perceber certo número de estruturas com aptidão para se tornarem figuras<sup>103</sup>.

Muitos autores percebem as figuras em seu aspecto mais estilístico, o que Perelman explica, afirmando que a partir do momento em que uma figura é colocada fora do contexto, passa ser notada, quase que necessariamente, em seu aspecto menos argumentativo. Para a apreensão de sua faceta argumentativa, é essencial perceber a fronteira entre o habitual e o não-habitual, além do retorno a um habitual diferente, este produzido pelo argumento, no momento em que é utilizado<sup>104</sup>.

O único modo de colocar as figuras no patamar que realmente lhes cabe no fenômeno da argumentação é ao compreender-lhes em concepção mais móvel, mais flexível. Isso justamente porque não são estáticas, não se pode entender que são ou não figuras, simplesmente. Isso é algo que somente pode ser determinado ao longo do discurso, e, ainda assim, pode ser modificado durante seu percurso<sup>105</sup>.

Devido a tal vinculação dos efeitos das figuras com fatores bastante gerais de persuasão e convencimento, tem-se que a análise das figuras de retórica é, para Perelman, subordinada ou dependente de uma análise prévia da argumentação em si<sup>106</sup>.

Perelman destaca ainda a possibilidade de mudança do conceito de normal e de suas consequências na classificação das figuras:

*“É certo, de todo modo, que só há figura quando se pode operar uma dissociação entre o uso normal de uma estrutura e seu uso no discurso, quando o ouvinte faz uma distinção entre a forma e o fundo, que lhe parece impor-se. Mas é quando essa distinção, percebida logo de início, se extingue em virtude do efeito mesmo do discurso, que as figuras assumem todo o seu significado argumentativo”<sup>107</sup>.*

<sup>103</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>104</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>105</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 193-194.

<sup>106</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>107</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

Atienza expõe a classificação feita pelo professor belga, consistente na divisão entre figuras de escolha, de presença e de comunhão, explicando que “*ela se dá segundo o efeito – ou o efeito predominante – que as mesmas cumprem no contexto de apresentação dos dados, e que pode ser, respectivamente: impor ou sugerir uma escolha; aumentar a presença de um determinado elemento; criar ou confirmar a comunhão com o auditório*”<sup>108</sup>.

Para Perelman, os termos escolhidos para representar as categorias de figuras retóricas em sua própria classificação não designam gêneros dos quais as figuras tradicionais conhecidas seriam as espécies. Indicam apenas o principal efeito gerado pela figura em questão.

De forma mais detalhada, “*As figuras de presença têm por efeito tornar presente na consciência o objeto do discurso*”<sup>109</sup>. A onomatopéia, a repetição, a *conduplicatio* da *Rhetorica ad Herennium*, o *adjectio* de Quintiliano, a amplificação, a sinonímia ou metábole são frequentemente figuras de presença<sup>110</sup>.

Por sua vez, as figuras de escolha colocam “*em destaque certos aspectos de uma realidade que correriam o risco de ficar no último plano da consciência*”<sup>111</sup>, buscam, portanto, salientar a legitimidade de uma escolha. Perelman coloca, a título de exemplificação, a definição oratória, a perífrase, a prolepse ou antecipação, a retificação e a correção como espécies de figuras de escolha.

Finalmente, as figuras de comunhão “*são aquelas em que, mediante procedimentos literários, o orador empenha-se em criar ou confirmar a comunhão com o auditório*”<sup>112</sup>, destacando-se que tal comunhão pode ocorrer por meio de referências a uma cultura, tradição ou a um passado em comum. Assim sendo, são figuras de comunhão, desde que observadas as duas características das figuras de retórica, a alusão, a citação – incluídos aqui máximas e provérbios, a apóstrofe, a interrogação oratória.

<sup>108</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>109</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>110</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>111</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>112</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 201.

Cabe aqui, portanto, explicar e definir cada uma das figuras acima expostas, sem a intenção de tratá-las de modo exaustivo. Ressalte-se, mais uma vez, que a correta classificação, para Perelman, se dá pelo efeito gerado pela figura, não sendo a divisão estanque, já que as espécies de figuras podem mudar de classe conforme o resultado por elas gerado no discurso.

FIGURAS DE RETÓRICA	
FIGURAS DE PRESENÇA	
ONOMATOPÉIA	<p>É uma palavra que imita o som daquilo que se propõe a identificar. Exemplos comuns são oferecidos pelas histórias em quadrinhos, devido a necessidade que tal gênero literário tem de fazer parecerem reais as situações apresentadas com o uso de pouquíssimas palavras. “<i>Tic tac</i>” indica o barulho de uma relógio, “<i>au au</i>”, o latido de um cachorro. Perelman destaca que “<i>a onomatopéia é percebida como figura quando há, para evocar um ruído real, quer criação de uma palavra, quer uso inusitado de palavras existentes, pouco importando, aliás, que o som reproduza exatamente ou não o ruído do que se quer tornar presente; apenas a intenção de imitação parece contar</i>”<sup>113</sup>.</p>
REPETIÇÃO	<p>Funciona como recurso argumentativo amplificando e acentuando a força da posição defendida. Perelman ressalta que em um discurso científico, tal figura nada acrescenta. Apta para acentuar a presença de um elemento no discurso, a repetição pode agir diretamente, destacar o fracionamento de um acontecimento complexo e até mesmo sugerir distinções, efeito argumentativo muito mais complexo para o autor<sup>114</sup>. A repetição fica evidente no trecho de Gonçalves Dias: “<i>São uns olhos verdes, verdes, que podem brilhar</i>”.</p> <p>Aqui, vale ressaltar, embora Perelman não o faça em sua obra, que há mais de um tipo de figura de repetição. A epizeuxe, que consiste na repetição seguida de uma palavra, sem a utilização de conjunção; o epânodo, repetição em separado de palavras que inicialmente foram apresentadas juntas; diácope, repetição de uma palavra com</p>

<sup>113</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>114</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 198.

	intercalação de outra; entre outras.
AMPLIFICAÇÃO	Desenvolvimento oratório de um assunto, para destacar-lhe a importância, de forma desvinculada do exagero com o qual normalmente é associado. É, via de regra, percebido como figura quando utiliza formas que ordinariamente visam objetivo diverso da presença <sup>115</sup> . O exemplo vem da obra de Guilherme Azevedo: “ <i>Correi, subi, voais, num turbilhão fantástico</i> ”.
SINONÍMIA	Uso de sinônimos, repetindo-se a mesma ideia, com termos diferentes. Ou seja, é a repetição da ideia, para proporcionar-lhe a presença, mas com palavras diferentes, sugerindo uma correção progressiva <sup>116</sup> . Exemplo apresentado na Nova Retórica: “ <i>Va, cour, vole et nous venge</i> ” [vai, corre, voa e nos vinga] <sup>117</sup> .
FIGURAS DE ESCOLHA	
DEFINIÇÃO ORATÓRIA	Destaca certos aspectos de uma realidade, sem definir o sentido. Ou seja, utiliza a estrutura da definição, mas não para fornecer o sentido de uma palavra ou expressão, mas para dar-lhe destaque em certos aspectos, que, de outra forma, correriam o risco de ficar em segundo plano. Como exemplo, Perelman cita texto de Baron, em que tenta explicar as qualidades de um exército: “ <i>Que é um exército? É um corpo animado por uma infinidade de paixões diferentes que um homem hábil faz movimentar-se para a defesa da pátria; é uma tropa de homens armados que seguem cegamente as ordens de um chefe cujas intenções não conhecem; é uma multidão de almas em sua maioria vis e mercenárias que, sem pensarem em suas respectivas reputações, trabalham para a dos reis e dos conquistadores; (...)</i> ” <sup>118</sup> .
PERÍFRASE	Pode desempenhar o mesmo papel que a definição de oratória, sendo que a qualidade é mais importante que o nome. Utiliza uma expressão mais

<sup>115</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 199.

<sup>116</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 199.

<sup>117</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>118</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 196.

	desenvolvida para designar um termo mais óbvio. O exemplo citado por Perelman vem de <i>Athalie</i> , tradicional poema francês: “ <i>As três deusas infernais que, segundo a fábula, tecem a trama de nossos dias</i> ” é expressão que substitui o termo “ <i>parcas</i> ” <sup>119</sup> . A perífrase é, portanto, uma maneira de utilizar características do objeto para fazer a ele referência, e pode ocorrer por diversos motivos, desde o simples fato de evitar a repetição da mesma palavra várias vezes, até o engrandecimento de certo assunto ou seu oposto. Um exemplo diário é a expressão “ <i>cidade maravilhosa</i> ” para referir-se ao Rio de Janeiro.
PROLEPSE OU ANTECIPAÇÃO	Consiste em prever objeções à tese funcionando como estratégia de antecipação. É figura de escolha quando visa insinuar que há motivo de substituir uma qualificação que poderia ter levantado objeções por outra <sup>120</sup> . É a antecipação proposital de um termo para a oração precedente. O exemplo oferecido na Nova Retórica é de Quintiliano: “ <i>E no entanto era menos um castigo do que um meio de prevenir o crime</i> ” <sup>121</sup> .
RETIFICAÇÃO	Salienta a legitimidade de uma escolha. O exemplo por Perelman é retirado da <i>Rhetorica ad Herennium</i> e atribuído a Cícero: “ <i>Cidadãos, disse eu, se é permitido chamá-los por este nome</i> ” <sup>122</sup> .
CORREÇÃO	Quando se substitui uma palavra por outra com intuito corretor. Aqui também o exemplo por Perelman vem da <i>Rhetorica ad Herennium</i> : “ <i>Se o acusado houvesse pedido aos seus hospedeiros, ou melhor, se lhes houvesse feito apenas um sinal...</i> ” <sup>123</sup> .
FIGURAS DE COMUNHÃO	
ALUSÃO	Rápida menção a alguém ou algo. Com exemplo utilizado para ilustração da figura na Nova Retórica está passagem de Baron: “ <i>Eu não necessitava</i>

<sup>119</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>120</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>121</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>122</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>123</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 197.

	<i>dessa lição para saber que não há mais que um passo do Capitólio à rocha Tárpeia</i> <sup>124</sup> .
CITAÇÃO, MÁXIMAS E PROVÉRBIOS	Quando o orador apóia o que diz com o peso de uma autoridade <sup>125</sup> . Embora os exemplos de citações sejam considerados desnecessários, vez que comuns em nosso cotidiano, cita-se como provérbio a famosa frase da cultura brasileira: <i>“água mole em pedra dura, tanto bate até que fura”</i> .
APÓSTROFE OU INTERPELAÇÃO DIRETA	Caracteriza-se pelo chamamento do receptor da mensagem, seja ele real ou imaginário <sup>126</sup> . Exemplos são fartos nos discursos políticos, em que governantes se dirigem ao <i>“povo brasileiro”</i> , <i>“eleitores”</i> e assim por diante.
INTERROGAÇÃO ORATÓRIA	Pergunta cuja resposta é do conhecimento do orador. Como exemplo, cita-se Robert Alexy: <i>“A questão é: o que significa “racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras?”</i> <sup>127</sup> .

---

<sup>124</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>125</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>126</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>127</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 32.

## CAPÍTULO III – A NOVA RETÓRICA E O DIREITO

### 3.1. A NOVA RETÓRICA E SUAS APLICAÇÕES NO DIREITO

Os mecanismos retóricos estudados nos capítulos precedentes são largamente utilizados pelos juristas e aplicadores do Direito em seu dia a dia, ainda que desapercivelmente. Obviamente, com o passar do tempo e evoluir da ciência jurídica, sua aplicação também se modificou, bem como os raciocínios usados dentro do campo jurídico.

A relação entre direito e retórica é tamanha que Atienza chega a afirmar que *“ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um ‘bom jurista’ talvez seja sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade”*<sup>128</sup>.

O mesmo autor acredita que existem três âmbitos jurídicos principais, em que ocorrem as argumentações: produção ou estabelecimento de normas jurídicas; aplicação de normas e dogmática jurídica<sup>129</sup>.

Quanto à produção e estabelecimento de normas jurídicas, entende que se trata tanto das discussões pré-legislativas, quanto daquelas concernentes a fase legislativa propriamente dita. Ou seja, Atienza diferencia as discussões que surgem junto com o problema social a ser enfrentado, e cuja solução acredita-se que possa ser legislativa, das discussões enfrentadas pelo Poder Legislativo. As primeiras, destaca ele, tem caráter mais político e moral do que jurídico, enquanto que nas últimas prevalece o técnico-jurídico<sup>130</sup>.

No campo da aplicação das normas, a atividade é levada a cabo principalmente pelos juízes, órgãos administrativos e simples particulares, explica Atienza. A argumentação nesse âmbito deve ser diferenciada entre aquela que diz respeito aos fatos e aquela que se relaciona com o Direito. Ressalte-se que os

---

<sup>128</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>129</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>130</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 18.



problemas mais enfrentados pela Teoria da Argumentação são relativos à interpretação do direito; enquanto que os mais enfrentados na prática dos Tribunais são relativos aos fatos<sup>131</sup>.

Por fim, no âmbito da dogmática jurídica, o autor distingue três funções: fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ocorre; oferecer critérios para sua aplicação e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico<sup>132</sup>.

Partindo de um prisma histórico, vale lembrar que até o final da Segunda Guerra Mundial, prevalecia no Direito, bem como nas demais ciências, a Teoria Positivista, que nega qualquer filosofia de valores. Com seu expoente em Hans Kelsen, o Positivismo Jurídico apresenta hierarquização das normas, que advêm somente do Estado. Ressalta Perelman que tal hierarquia ocorre de forma que a norma inferior é deduzida da superior mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser criada norma inferior, diferindo aí das lógicas e da matemática, em que tal determinação ocorre mediante transformações puramente formais<sup>133</sup>.

Buscando uma neutralidade,

*“a teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, à ideia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autorizam”*<sup>134</sup>.

Assim sendo, a lei é unicamente a expressão da vontade da nação e o juiz usa apenas de razão lógica, puramente dedutiva, para aplicá-la aos casos particulares<sup>135</sup>.

Perelman destaca ainda que a consequência inevitável da concepção positivista é a restrição do papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a

<sup>131</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>132</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>133</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

<sup>134</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 92-93.

<sup>135</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 93.

problemas de conhecimento unicamente teóricos. Dessa forma, negava-se a possibilidade de um uso prático da razão. Por isso, Perelman diz que tal a teoria positivista se opunha a tradição aristotélica, vez que esta previa uma razão prática, aplicável a todos os campos da ação, da ética à política, e justificando a filosofia como busca pela sabedoria<sup>136</sup>.

Para Perelman, uma pequena volta às ideologias do Direito que tiveram seu lugar no mundo jurídico depois do Código de Napoleão, como a Positivista, conduz a uma conclusão que havia sido perdida nas concepções formalista e legalista do Direito. Tal conclusão consiste no fato de que o juiz não pode dar-se por satisfeito ao conseguir motivar suas decisões de modo apenas aceitável; ele deve analisar o valor destas decisões, julgando se lhes parecem justas, ou, ao menos, sensatas<sup>137</sup>.

Assim sendo, desde a Revolução Francesa, sempre houve a necessidade de um mecanismo de justificação das decisões, papel este ocupado pelo raciocínio jurídico<sup>138</sup>.

Perelman destaca que, no âmbito do Direito, estamos quase sempre frente a teses opostas, já que todos os litígios põem adversários em oposição. Dessa forma, sem o devido respaldo legal, não seria possível fundamentar uma tese suficientemente bem para fazê-la prevalecer sobre a oposta.

Ou seja, sem algum fundamento legal ou da ordem jurídica que dê base a tese abarcada, a fundamentação devida de uma sentença seria tarefa impossível, como bem expressou o autor: *“A afirmação de que tal tese é preferível em direito supõe a existência de uma ordem jurídica, pois de outro modo seria impossível motivar, de modo juridicamente válido, o dispositivo da sentença”*<sup>139</sup>.

O autor destaca a essencialidade de encontrar, diante do raciocínio que um juiz usou para embasar sua decisão sobre questão controvertida, os mecanismos intelectuais que o magistrado utilizou para considerar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>137</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>138</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>139</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>140</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 139.

É nesses casos, e na ausência das soluções aceitas com unanimidade, que se fazem presentes a retórica e os raciocínios dialéticos. Raciocínios estes que visam justamente estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua correta aplicação, quando estes são objeto de controvérsia. Assim, torna-se fundamental a noção de acordo, já que inexistindo meios de prova, ou sendo eles insuficientes, é necessário obter o acordo alheio, e também o próprio – em caso de deliberação íntima, sobre a aplicação de um valor.

Em sua obra, *Lógica Jurídica*, o filósofo explica que muitas vezes é necessário ao magistrado socorrer-se de uma fundamentação fictícia para uma decisão que se impõe. Isso ocorre quando, “*por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, uma solução se apresente como a única admissível, (...), ainda que seja obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor*”<sup>141</sup>.

Obviamente, tal atitude traz conseqüências, como a continuação do litígio, já que as partes permanecem, ambas, acreditando que tem legalmente a razão. A paz judicial, como chama o próprio autor, somente irá se estabelecer quando houver a devida fundamentação legal e argumentação jurídica sólida em uma decisão<sup>142</sup>. Para o autor, no entanto, é raro que um tribunal não encontre, diante da técnica jurídica que tem a sua disposição, uma decisão que possa conciliar a solução aceitável para o litígio e sua observância à lei<sup>143</sup>.

A situação, no entanto, remete a um problema mais profundo e que já acompanha o direito desde seus primórdios: a relação entre verdade e justiça<sup>144</sup>. Embora muitas vezes o direito privilegie outros valores à verdade, o recurso à ficção jurídica pode ser usado de forma escusa, para perseguir adversários políticos por crimes fictícios, em exemplo trazido pelo autor na obra supracitada<sup>145</sup>. Isso pode ser explicado quando se pensa a respeito de uma decisão que o magistrado sabe equivocada, mas se esforça em fundamentar, retórica e juridicamente, por preferi-la a outra. A verdade é deixada de lado, privilegiando-se a vontade do juiz, que prevalecerá caso este consiga argumentar de forma satisfatória.

<sup>141</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>142</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>143</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>144</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 195.

<sup>145</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 199.

A importância e necessidade da motivação das decisões judiciais é largamente reconhecida hoje, tendo respaldo no princípio do livre convencimento do juiz. Obrigá-lo a motivar suas decisões é obrigá-lo a ter razões para decidir em certo sentido, afastando, ou, ao menos, reduzindo, a arbitrariedade.

Perelman acrescenta, ainda, que a sentença reflete o diálogo entre o juiz e os advogados<sup>146</sup>. Ambos os lados apresentam suas teses, fundamentando-as da melhor forma possível, para que sejam aceitas ou acolhidas. Já o magistrado procura convencer os demais de seus argumentos e de sua decisão, utilizando-se da retórica, obviamente, para conseguir a adesão das partes.

Dessa forma, o juiz deve utilizar o conhecimento que tem sobre o tema, e também sobre as partes, para forjar sua decisão. É importante considerar o ramo do direito em que o litígio está ocorrendo também, já que muitas vezes a lógica utilizada muda de um ramo jurídico para o outro. O magistrado deve levar em conta todos esses aspectos se quiser de fato conseguir a adesão daqueles a quem se dirige, evitando a continuidade do litígio.

Perelman expressa que “*O raciocínio judiciário tem de ser matizado segundo os auditórios aos quais se dirige, segundo a matéria tratada, segundo o ramo do direito*”<sup>147</sup>, evidenciando a importância de levarem-se em consideração essas características na hora de argumentar.

O papel dos advogados é diverso daquele dos juízes. Um advogado visa demonstrar ao tribunal que a tese que está a defender é correta. “*Para consegui-lo, adaptará sua argumentação ao auditório, do qual depende o desfecho do processo*”<sup>148</sup>. Assim sendo, não utilizará dos mesmos artifícios para dirigir-se a um juiz de primeiro grau e ao tribunal, em sede de apelação, ou às instâncias superiores. Mudando o auditório, portanto, deve o advogado modificar sua argumentação.

Ademais, todo advogado sabe que a parte contrária utilizará dos mesmos fatos para apresentar conclusões jurídicas diferentes, o que não pode olvidar em sua argumentação. É claro que “*Cada uma das partes invocará as regras e os*

---

<sup>146</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>147</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 216.

<sup>148</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 217.

*precedentes que lhe são favoráveis, procurando mostrar por que os invocados pelo adversário não são aplicáveis ao caso concreto*”<sup>149</sup>. Assim, a análise das semelhanças e diferenças passa a ser essencial para a resolução dos litígios.

Perelman destaca que, para os advogados,

*“Trata-se, a cada vez, de convencer o juiz que terá de dirimir o conflito de que, adotando a tese que se defende, não fará figura de original, insensível a hierarquia dos valores tal como foi proclamada pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina, mas de que, ao contrário, estaria na linha que mais probabilidade teria de triunfar, se o mesmo litígio devesse ser julgado em recurso, ou se a decisão e sua motivação tivessem de ser submetidas à Corte de Cassação”*<sup>150</sup>.

Trata-se, portanto, e sem sombra de dúvidas, de uso da arte retórica. De convencimento de que a tese defendida é a correta, ou, ao menos, a mais provável de manter-se em sede de recursos e em julgamento pelos Tribunais superiores. Os advogados buscam, deste modo, persuadir o juiz.

Os juízes e desembargadores, por sua vez, buscam convencer, não somente as partes, mas todos de que sua decisão foi tomada com base na lei e na justiça. Assim sendo, seus argumentos deverão pautar-se na lei, princípios e valores que permeiam o litígio. A equidade e justiça social em muito interferem também, uma vez que a decisão não se dirige apenas aos advogados e partes, mas a sociedade em geral.

### **3.2. ANÁLISE SOBRE O AUDITÓRIO E FIGURAS DE RETÓRICA UTILIZADAS NO JULGAMENTO DA ADI 4277 E ADPF 132**

Para cumprir com seu papel corretamente e obter êxito em suas ações os juristas, sem dúvida, se utilizam de argumentos retóricos e, mais especificamente, de figuras de retórica.

Uma das grandes decisões dos últimos tempos no âmbito do direito brasileiro foi aquela relativa à legalização da união homoafetiva. O Supremo Tribunal

<sup>149</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>150</sup> PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 220.

Federal decidiu pelo reconhecimento de casais homoafetivos como entidade familiar no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em 05 de maio de 2011<sup>151</sup>.

O relator, Ministro Ayres Britto, utilizou-se, indubitavelmente, de sua capacidade de argumentação e oratória ao fundamentar sua decisão. Em seu discurso, podemos facilmente perceber o uso de figuras de retórica, do início ao final.

Na análise desse julgado, no entanto, cumpre, primeiramente, analisar o auditório presumido pelo Ministro em seu discurso. O auditório a que se dirigia é, ao mesmo tempo, particular e universal. É particular quando busca persuadir seus companheiros ministros, utilizando argumentos explicitamente jurídicos e categorias do Direito. Mas também é universal, já que busca utilizar argumentos que todo homem em pleno gozo de sua razão entenderia e acolheria.

Por se dirigir aos seus colegas e demais juristas, Ayres Britto utiliza categorias do Direito, cita diplomas legislativos e busca enquadrar a família homoafetiva no defasado conceito de família apresentado pelo nosso Código Civil, que data de 2002, mas sem deixar de se manter atrelado ao seu antecessor de 1916, além de adequá-lo à Constituição Federal.

Como exemplo de seu discurso a tal auditório particular, citamos trecho de sua fala, em que discorre sobre o artigo 226 do Código Civil atualmente vigente:

*“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas”<sup>152</sup>.*

---

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. DJe-198.

<sup>152</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 6.

A escolha por termos explicitamente jurídicos é clara, a começar pelo vocábulo *cabeça*, que se refere a parte inicial de um artigo, de conhecimento de poucos. Também a rápida alusão a Friedrich Müller, conceituado jurista alemão, deixa claro que não se dirige a população como um todo, mas apenas àqueles que tem conhecimento adquirido suficiente para compreendê-lo, aos membros de sua mesma categoria. Ademais, percebe-se que o relator recorre a uma falta de definição da lei para enquadrar ali os casais homoafetivos, evitando conflito entre legislações, argumento bastante forte para os estudiosos do Direito.

Ainda, em outro trecho, mais inicial, o Ministro relator expõe: “*É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção*”<sup>153</sup>.

Neste pequeno trecho salta ainda mais aos olhos a utilização do jargão profissional dos juristas e, conseqüentemente, fica mais evidente o particular auditório a que ele se dirige. A conversão de uma ação em outra, as siglas referentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), além dos vocábulos recebimento de ação e prevenção utilizados, não podem ser compreendidas por qualquer membro da sociedade, mas apenas por aqueles que já foram iniciados na Ciência Jurídica.

No entanto, por se dirigir a população em geral, e ao povo brasileiro mais especificamente, o Ministro Ayres Britto busca também utilizar argumentos gerais, que seriam eficazes quando apresentados a qualquer pessoa. Em momentos de seu voto, busca, por exemplo, superar as barreiras do preconceito. Explica, por vezes, de que se trata esse preconceito e esmiúça os porquês da necessidade de um tratamento igualitário para todos.

Trechos como os que serão a seguir apresentados evidenciam a preocupação do Relator em utilizar argumentos menos requintados e mais acessíveis, por vezes até mais emocionais, capazes de convencer um auditório presumidamente universal. Nesse sentido, ressalta Atienza que

---

<sup>153</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 3.

*“o que caracteriza um auditório não são tanto os valores que ele admite quanto a maneira como os hierarquiza. E uma forma de justificar uma hierarquia (ou um valor) é recorrendo a premissas de ordem muito geral, isto é, aos lugares-comuns ou tópicos”<sup>154</sup>.*

Ayres Britto busca definir preconceito, como *“uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade”<sup>155</sup>*. Tal conceito, embora apresente certo nível de sofisticação, foge dos padrões jurídicos e ressalta a ampliação do auditório para além do âmbito do Direito.

Explica o ministro, ainda, ao discorrer sobre a vedação constitucional ao preconceito, que o sexo é um dado empírico, independente de merecimento ou não das pessoas, bem como ocorre com a idade e a cor da pele, *“pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada”<sup>156</sup>*.

Neste trecho, há claro apelo emocional e pouca argumentação caracteristicamente jurídica.

Há dois segmentos do texto que evidenciam ainda mais a diferença, pois tratam do mesmo assunto, por ângulos diferentes, caracterizando-se como argumentos que se direcionam a auditórios presumidos distintos.

Primeiramente, Ayres Britto explica, utilizando-se de termos gerais, que

*“a Constituição Federal não dispõe, por modo expresse, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples só seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, pra utilizá-lo por modo emparelhado. Logo, a constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos*

<sup>154</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>155</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 12.

<sup>156</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 14.



*animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas*<sup>157</sup>.

Em seguida, partindo de prisma essencialmente jurídico, afirma que

*“Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado*”<sup>158</sup>.

Uma vez superada a questão acerca do auditório presumido pelo Ministro Relator, cabe analisar alguns dos recursos de linguagem por ele utilizados como forma de argumentação, dentre os quais estão algumas figuras de retórica.

Inicialmente, vale relembrar o conceito e os requisitos de caracterização de uma figura retórica. Como explica Atienza, as figuras retóricas não são estudadas por Perelman como figuras de estilo, mas como figuras argumentativas, sendo classificadas em três grupos, de acordo com seu efeito: figuras de comunhão, figuras de presença e figuras de escolha<sup>159</sup>.

Perelman explica que são necessárias duas características essenciais para que uma expressão possa ser enquadrada na categoria de figura de retórica. Tais características são uma estrutura discernível ou identificável – uma forma isolável, portanto – e um emprego que se afasta do ordinário, chamando atenção do ouvinte<sup>160</sup>.

Pode-se, destarte, partir para uma análise de alguns argumentos utilizados pelo Ministro durante seu agora célebre voto sobre a união homoafetiva.

Há, durante o discurso, alguns exemplos de metáforas. Um dos primeiros ocorre quando o Ministro afirma, ao discorrer sobre o substantivo homoafetivo, que *“sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa*”<sup>161</sup>.

<sup>157</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 16.

<sup>158</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 17.

<sup>159</sup> ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>160</sup> PERELMAN, Chaïm. **Nova Retórica**, p. 191.

<sup>161</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 18.

*Deitar raízes* obviamente não é expressão que o relator utiliza pelo seu significado literal, buscando com o termo expressar que já consta em dicionários da língua portuguesa o vocábulo em questão. É claro que se trata de forma distinguível no decorrer do texto, vez que a estrutura do vocábulo se destaca na frase. No entanto, trata-se de expressão de uso bastante comum atualmente, o que não nos permite classificar tal metáfora como figura de retórica.

Outro exemplo de metáfora empregado pelo Ministro encontra-se no trecho: *“Trata-se, isso sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal”*<sup>162</sup>.

Novamente, é evidente que o ministro não utilizou a expressão em seu sentido literal. Trata-se apenas de uma comparação entre a situação de união homoafetiva, ainda considerado vínculo sem o viés econômico, empresarial, patrimonial, com um barco navegando por um rio sem margens definidas. A situação enfrentada pelos homossexuais em união durável é esta, de indefinição, de imprecisão dos efeitos jurídicos que a situação fática irá gerar.

Aqui sim, trata-se de figura de retórica, vez que presentes ambos os requisitos para o perfeito enquadramento nessa categoria. A estrutura da figura se destaca no texto, sendo facilmente perceptível e de simples distinção do resto do discurso. Além disso, não se trata de uso comum, sendo expressão que foge do ordinário.

Além de metáforas, o Ministro utiliza também muitas vezes as definições oratórias. Um dos motivos para a grande ocorrência de tais figuras em seu texto vem da própria necessidade de explicar e definir, ou redefinir, conceitos jurídicos, já que se trata de acórdão que julga a inserção de uma nova forma de família no direito brasileiro.

Ainda no início de sua exposição, o relator coloca: *“(...) calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e*

---

<sup>162</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 9.

*solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa*<sup>163</sup>.

Ainda, em seguida: *“O artigo, versante sobre os ‘objetivos fundamentais’ da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre homem e mulher*”<sup>164</sup>.

Em ambos os casos as expressões enquadram-se como figuras de retórica, já que se destacam em sua forma e seu uso afasta-se do comum. Isso explica-se porque o autor não as utiliza simplesmente como definição, mas no decorrer do texto, para ilustrar a evolução do termo e de seus significados, juntamente com o progresso enfrentado pela sociedade no que tange a esse assunto.

Exemplos de citações e alusões pululam ao longo do voto. Ayres Britto cita colegas ministros, escritores e filósofos de peso. O objetivo aqui, como já explicado, é corroborar aquilo que se diz com um argumento de autoridade, dando-lhe maior repercussão e importância, ou apenas aumentar o prestígio do orador.

Um dos casos de alusão ao longo do texto apresenta-se da seguinte forma:

*“Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela nirvânica aritmética amorosa que Jean Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: na matemática do amor, um mais um... é igual a um*”<sup>165</sup>.

Exatamente como descrito por Perelman, o ministro se utilizou de uma frase de um famoso filósofo – Jean-Paul Sartre – para demonstrar que tem acesso a recursos e fatos culturais e que os domina. O argumento é uma figura de retórica, já que sua forma é fácil de distinguir no decorrer do texto e seu uso não é comum, ainda mais para um escrito de Direito.

<sup>163</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 8.

<sup>164</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 9-10.

<sup>165</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 27.

Em outro exemplo, o relator faz alusão a Rui Barbosa, ao relembrar sua célebre definição de família como “*a Pátria amplificada*”<sup>166</sup>. Ainda na continuação da mesma ideia, alude a Spinoza:

*“Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, ‘nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender’”*<sup>167</sup>.

Quanto às citações, Ayres Britto cola em seu discurso trechos de julgados de seus colegas, a exemplo do Ministro Dias Toffoli:

*“Requisito que se constitui em ‘verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente’ (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli)”*<sup>168</sup>.

Nesse caso, o intuito de Ayres Britto era justamente de dar peso maior a suas ideias e argumentos, de forma a torná-los mais fortes e convincentes. Ele busca, ao utilizar a citação em questão, mostrar que tem respaldo em suas decisões, que não está decidindo de forma isolada, mas coerente com os demais juristas, em especial com seus colegas ministros, autoridades neste campo do saber e grandes formadores de opinião.

A relevância disso se deve à generalidade da justiça, como entendida comumente, ou seja, para que algo seja justo deve ser aplicável a todos da mesma maneira. Para Villey, “*Perelman afirma ainda que o que constitui a justiça de uma solução de direito é o fato de ela ser igualmente aplicável a outros casos semelhantes. Com isso podemos explicar o respeito dos juízes pelos precedentes*”<sup>169</sup>.

Há também alguns casos de interrogação oratória presentes no texto em análise. O mais expressivo encontra-se nesse parágrafo do texto:

<sup>166</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 34.

<sup>167</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 34.

<sup>168</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 6.

<sup>169</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 438.

*“E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Porque entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?”<sup>170</sup>.*

A figura de retórica em questão, e que está presente, pois preenchidos seus dois requisitos, é uma pergunta para a qual o orador já tem a resposta. É, na verdade, uma forma de afirmar que a entidade familiar é de fato, e de direito, uma família completa, fazendo também com que o ouvinte reflita sobre o assunto.

No texto do ministro, ainda, não é difícil encontrar outros recursos estilísticos e figuras de retórica mais raras.

Em trecho em que fala da definição da união homoafetiva, há claro uso da figura da amplificação: *“Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos”<sup>171</sup>.*

Embora a gradação no trecho em questão seja decrescente, ou seja, parta do amor, sentimento maior que por alguém se pode ter, para afeto, carinho, até chegar à mera atração física, o argumento utilizado é uma figura de retórica. A forma destaca-se no texto e não está sendo utilizada de forma comum ou ordinária.

A figura retórica da correção também está presente:

*“Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referencia ao casamento de papel passado traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sócio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre a vista de todos (...)”<sup>172</sup>.*

Nesse caso, a forma se destaca justamente pelo emprego da expressão *“melhor dizendo”*, que evidencia a tentativa de correção ou aprimoramento daquilo que anteriormente se disse, caracterizando-se a figura de retórica.

<sup>170</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 45.

<sup>171</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 8.

<sup>172</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 40.

Ressalte-se que a correção é largamente confundida com a figura da retificação, também presente no discurso em análise. A retificação foi também utilizada pelo orador:

*“Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade”<sup>173</sup>.*

No trecho citado, não apenas o autor executa a retificação do termo homossexual, dando preferência ao adjetivo homoafetivo, mas justifica sua escolha, que ocorre devido à corrente preponderância da afetividade sobre as questões meramente biológicas nos dias de hoje.

Também podemos encontrar a utilização da repetição no texto em análise. Em que pese os exemplos não sejam tão emblemáticos quanto aqueles encontrados em textos de poesia ou literários, a figura de retórica foi utilizada para dar ênfase a certos aspectos do argumento utilizado em trecho que trata da preferência sexual como fator de afirmação e elevação pessoal: *“De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, (...)”<sup>174</sup>.*

A sinédoque também é figura de retórica bastante utilizada pelo Ministro relator. Ayres Britto utiliza o termo Terra Brasilis para se referir ao Brasil, por exemplo: *“(...) tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição, o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso (...)”<sup>175</sup>.*

A prolepse, também conhecida como antecipação, também pode ser identificada no decorrer no texto em questão. Figura de retórica definida como a substituição de um termo por outro, devido a antecipação de uma possível dúvida que pode surgir por parte dos ouvintes, ocorre no trecho: *“Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de*

<sup>173</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 20.

<sup>174</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 20.

<sup>175</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 17.

*sentimento, mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas*<sup>176</sup>.

Por fim, a sinonímia também foi utilizada pelo ministro. Figura retórica de uso bastante comum, encontra-se em diferentes momentos do texto. Um dos exemplos encontrados no voto é: *“Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, assa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco)”*<sup>177</sup>.

De acordo com as opiniões expressadas durante o texto, sabemos que o Ministro não acredita que, de fato, esses dois termos – discriminação e desigualdade – sejam sinônimos perfeitos, mas os utiliza repetidamente, como se sinônimos fossem, justamente para aumentar a abrangência de seu argumento. Ressalte-se que alguns autores e linguistas afirmam não haver sinônimos perfeitos, vez que sempre há alguma diferença de significado entre palavras ou termos que pelo senso comum significam a mesma coisa.

A análise das figuras de retórica presentes na decisão aqui em tela não pretende ser exaustiva. Mas apenas busca exemplificar a utilização das figuras e da própria classificação do auditório presumido em um caso concreto, de forma a tornar a Teoria de Perelman pouco mais palpável.

Percebe-se, portanto, a partir de tal análise, que as categorias de retórica estudadas por Chaïm Perelman de fato se fazem presentes nos textos jurídicos. O Direito, em sua face prática, envolve e é formado, em grande parte, pelo convencimento e pelo uso das argumentações, tendo a retórica papel essencial para seus aplicadores.

Cumprе ressaltar, por fim, que a teoria da argumentação perelmaniana gerou alguns resultados importantes. Para Robert Alexy, merecem destaque o fato de conseguir unir a ideia de universalidade ao mesmo tempo em que vincula a argumentação racional ao estado social e historicamente dado das concepções e atitudes. Para ele, *“por isso, frequentemente, não se pode indicar um resultado*

---

<sup>176</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 14.

<sup>177</sup> Acórdão de 5.5.2011, DJe-198, p. 11.

*como o único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância*<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 173.



## CONCLUSÃO

Neste trabalho foi brevemente analisada a Teoria da Argumentação Jurídica de Chaïm Perelman, por muitos considerada como uma retomada da antiga tradição da antiga retórica, tendo um interesse eminentemente lógico-sistemático<sup>179</sup>.

Sua teoria não é isenta de críticas, como bem aponta Robert Alexy. O alemão coloca como um dos principais problemas dessa teoria a abstração do conceito de auditório universal, que não permite que se conduza com segurança a um consenso fundamentado<sup>180</sup>, questionando *“até que ponto um conceito tão amplamente formulado pode servir como medida para valorar argumentos”*<sup>181</sup>.

No entanto, Chaïm Perelman, partindo do conceito de auditório, consegue, ao mesmo tempo em que universaliza a ideia de argumentação, vinculá-la às vicissitudes daqueles que compõem o grupo de ouvintes ou destinatários. É, de certa forma, um enfoque sociológico, que vincula os resultados da argumentação ao estado social e historicamente dado das concepções e atitudes de seus ouvintes<sup>182</sup>.

O próprio Alexy admite que a abertura proporcionada por, na teoria perelmaniana, não se poder indicar um resultado como o único e correto definitivamente, nos força a examinar os fatos e resultados de forma crítica, o que é, de fato, algo bastante positivo. Para ele, tal abertura tem também como consequência uma maior tolerância, qualidade escassa em nossa sociedade atual.

O que se percebe facilmente é que, independentemente da imperfeição ou incompletude da teoria do professor belga, conceitos por ele estudados podem de fato ser utilizados em nosso cotidiano. É o caso das figuras de retórica, que, conforme demonstrado, são aplicadas na realidade, ainda que de forma quase inconsciente.

É de vital importância, a todo aquele que empreende uma jornada argumentativa, ter também consciência de seu auditório, do grupo que pretende convencer ou persuadir. A influência que tal informação, ainda que não seja precisa

---

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>180</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>181</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 164.

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 173.

e se apresente meramente como uma presunção, pode acarretar nos rumos do discurso é de grande valia. Saber o contexto histórico do momento e a condição social dos ouvintes é essencial até mesmo para que o orador possa analisar o tema de forma mais ampla, gerando melhores condições e acrescentando dados relevantes para a tomada de decisão.

No campo jurídico, área em que a retórica é o núcleo de toda atividade, a relevância desses conceitos trazidos a tona por Perelman é ainda maior.

O que muitos esquecem, e isso se deve ao percurso percorrido pela matéria em seus milhares de anos, é que a retórica tem também uma técnica, que deve ser estudada e aperfeiçoada por aqueles que dela devem fazer uso.

Enrico Berti conclui brilhantemente seu livro, afirmando que

*“a retórica, mesmo sendo uma forma de racionalidade especificamente diferente da ciência é, contudo, estruturada também ela por argumentações, em particular por argumentações dialéticas, o que não apenas lhe confere um caráter ‘técnico’ preciso, mas permite-lhe, em alguma medida, aproximar-se da verdade e, por isso, a faz ser algo profundamente diferente seja do puro ornamento exterior do discurso, seja da vã tagarelice, à qual foi reduzida, respectivamente no melhor e no pior dos casos, por uma mentalidade moderna que assumiu a matemática como único parâmetro com o qual medir a validade dos discursos”<sup>183</sup>.*

Entende-se, portanto, que a retórica e a argumentação tem caráter técnico e possuem, até os dias de hoje, grande importância na formação de consensos e no desenvolvimento das ideias, devendo seu estudo dar-se de forma muito mais aprofundada.

Para concluir, citamos trecho de palestra apresentada por Chaïm Perelman na *Academie Royale de Belgique*, que nos traz importantes pontos a serem discutidos e questões que merecem uma reflexão muito maior do que a que lhes tem sido reservada, trata-se de

*“um problema mais amplo, de conteúdo filosófico inegável: a lógica deve ser limitada ao estudo dos raciocínios demonstrativos, como os que*

---

<sup>183</sup> BERTI, Enrico. *Op. cit.*, p. 186.

*caracterizam a prova matemática, ou deve, também, analisar os raciocínios, os modos de raciocinar, das mais variadas espécies, que apresentem argumentos a favor desta ou daquela escolha, desta ou daquela decisão? Raciocinar é, unicamente, inferir, calcular e demonstrar, ou é, também, fornecer as razões pró e contra uma dada tese?*<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> PERELMAN, Chaïm. **Considerações sobre uma Lógica Jurídica**, p. 4.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTI, Enrico. *As Razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002;

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles, volume I*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Considerações sobre uma Lógica Jurídica*. In: Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques da Academie Royale de Belgique, Bruxelas, 1976, 5ª. série, t. LXII. Trad. Scarpinella Bueno. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman1.pdf>.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

**ANEXO A – VOTO DO RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO NA ADI 4277 E  
ADPF 132**

## V O T O

### **O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator):**

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da "interpretação conforme" para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificativade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de "interpretação conforme à Constituição", quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º

da Lei nº 5.034/2007), equipara "à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes"<sup>1</sup>. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: "aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos". O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto dessa presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo**

---

<sup>1</sup> Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - "Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes".

e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

4. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida "interpretação conforme" dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: *"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção**. Com o que este Plenário terá bem



mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

"(...)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela

existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99" (ADPF-QO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)".

"Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil." (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência."

6. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em *"verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente"* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da entidade familiar, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *"posição mais abrangente"* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério

Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência.**

7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou

parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *"União Homossexual, o Preconceito e a Justiça"*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *"Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais" (Homoafetividade: um novo substantivo)".*

9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do *"Dicionário Aurélio"*<sup>2</sup>. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico,

---

<sup>2</sup> "Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*." (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois - é Platão quem o diz -, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante"<sup>3</sup>.

10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º**<sup>4</sup>. O artigo, versante sobre os "objetivos

---

<sup>3</sup> Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF),

<sup>4</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

11. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão

do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

13. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social"), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente,



deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789", pp. 7/24 da coletânea "O PRINCÍPIO ESQUECIDO", CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

14. Mas é preciso lembrar que o substantivo "preconceito" foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não**

**autorizado pela realidade, mas imposto a ela.** E imposto a ela, realidade, a *ferro e fogo* de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que "Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento", numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que "O rei não pode errar" (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: "O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha".

15. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de**

**se ter nascido mulher, ou homem.** Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

16. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de "sexo". **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado.** Mas "sexo" ou "aparelho sexual" como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Onde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas.** "Instinto sexual ou libido", como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma.

Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo.

17. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve

por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a "preferência" ou "orientação" de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia<sup>5</sup>. O que

---

<sup>5</sup> Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: "A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais".

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: "Os Estados-membros são incitados a adotar *"políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimónio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser*

também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe<sup>6</sup> e do Mato Grosso<sup>7</sup>, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver - repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

19. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.** Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual

---

*necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo."*

<sup>6</sup> 'Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei."

<sup>7</sup> "Art. 10 - O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição"

que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da postura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do "Torna-te quem és", tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a *evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, o derramamento de bÍlis que tanto prejudica a produção dos neurônios é coisa dos homens; não dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo,

inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que "A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação". Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere "a liberdade" e "a igualdade" na lista dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)" .

20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.** Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta*, para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou



com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

21. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776<sup>8</sup>) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto

---

<sup>8</sup> "Art. 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança"

no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II - **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercuro ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

23. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

24. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.** Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a

vedação de preconceito em razão da postura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino - tirante suas diferenças biológicas -, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

III - cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu

na metafórica locução "bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV - essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana **e até mesmo "cláusula pétrea"**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de berço diretamente constitucional);

V - esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se**

divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI - enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas**



(o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela** **nossa Constituição como autonomia de vontade.** Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como péticos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe

perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a "Ordem Social" (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, verbis: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"** (*caput* do ar. 226). Em sequência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) "O casamento é civil e gratuita a sua celebração" (§1º); b) "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§2º); c) "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (§3º); d) "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§4º); e) "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (§5º); f) "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (§6º); g) "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§7º); h) "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§8º); i) "A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (§5º do art. 227); j) "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§6º do art. 227).

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação**

- é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário-família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da

mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

29. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão

emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada"** (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no **asilo "inviolável do indivíduo"**, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da**

sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como "a Pátria amplificada"). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de "comum unidade". E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, "Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender".

31. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua

literal categorização com "base da sociedade". E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva postura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

32. E se insistimos na metáfora do "continente" é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I - "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao



pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho";

II - "Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão";

III - "Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (sem os caracteres negritados, no original).

33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.**

**Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levam e levam de seres humanos despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas

idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

34. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo - data vênia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família**. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos"/ E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem:

"O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".

35. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I - "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *litteris*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família

mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio<sup>9</sup> e

---

<sup>9</sup> “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casa

(...)”

mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redonda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II - com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela batizado de "entidade familiar". É o núcleo doméstico que se constitui pela "união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Donde a necessidade de se aclarar:

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente

constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher";

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são

exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações") para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.** Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro;

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas



formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a *meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.** Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso

LXXII), "entidades sindicais" (alínea c do inciso III do art. 150), "entidades beneficentes de assistência social" (§7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar"**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do §1º do art. 144) as suas "autarquias" (§3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem "entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de

natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.** E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na

fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III - salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". É o que a doutrina entende por "família monoparental", sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviuvar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de "entidade familiar"; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória "entidade familiar", porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir

da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do

Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.